

## Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht in Deutschland und Japan

Susanne Olberg

- I. Die gerichtliche Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Normen in Japan
- II. Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht
  1. Die deutsche Rechtslage
  2. Die japanische Rechtslage
- III. Zusammenfassende Würdigung

Am 4. Juni 2008 hat der Oberste Gerichtshof Japans (im folgenden OGH) eine Norm für verfassungswidrig erklärt, wonach ein uneheliches Kind eines japanischen Vaters und einer ausländischen Mutter die japanische Staatsangehörigkeit erlangen kann, wenn das Kind durch die nachträgliche Eheschließung der Eltern und die Anerkennung der Vaterschaft durch den Vater legitimiert wird<sup>1</sup>. Das Erfordernis einer Legitimierung durch die Eheschließung, welches wegfällt, wenn der Vater die Vaterschaft bereits vor Geburt des Kindes anerkannt hat, verstößt nach dem Urteil gegen das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 14 der Japanischen Verfassung (*Nihon Koku Kenpô*, im folgenden *Kenpô*)<sup>2</sup>.

Dies stellt das achte Mal in der japanischen Nachkriegsgeschichte dar, dass der OGH eine Gesetzesvorschrift für verfassungswidrig erklärt hat. Obwohl dem OGH gemäß Art. 81 *Kenpô* als letzter Instanz die Befugnis zusteht, alle Gesetze, Verordnungen, Bestimmungen und Verfügungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen, hat sich der OGH, wie aus den wenigen Entscheidungen ersichtlich, bei der Ausübung dieser Befugnis bisher sehr zurückgehalten. Insbesondere folgt der Gerichtshof der Doktrin, dass Staatsakte, welche die Grundlage des Staates oder den Bestand des Staates betreffen, nicht gerichtlich überprüfbar seien<sup>3</sup>. Unter die gerichtsfreien Regierungsakte

---

1 Oberster Gerichtshof v. 04.06.2008; englische Übersetzung unter <http://www.courts.go.jp/english/judgments/text/2008.06.04-2006.-Gyo-Tsu-.No..135-111255.html>. Siehe auch die Urteilsbesprechung von Y. OKUDA/H. NASU, Constitutionality of the Japanese Nationality Act: A Commentary on the Supreme Court's Decision on 4 June 2008, in: ZJapanR 26 (2008) 101.

2 Die japanische Verfassung vom 03.11.1946; deutsche Übersetzung in R. NEUMANN, Änderung und Wandlung der Japanischen Verfassung (Köln u.a. 1982)185.

3 H. KURIKI, Das System der gerichtlichen Überprüfung von Staatsakten in Japan, in: U. EISENHARDT ET AL. (Hrsg.), Japanische Entscheidungen zum Verfassungsrecht in deutscher Sprache (Köln u.a. 1998) 17.

fallen beispielsweise Staatsakte, welche die Landesverteidigung<sup>4</sup> oder die Parlamentsauflösung durch die Regierung<sup>5</sup> betreffen. Die Zurückhaltung des OGH ist von der japanischen Literatur stark kritisiert worden<sup>6</sup>.

Neben der generellen Zurückhaltung des OGH ist zu bedenken, dass die prozessualen Möglichkeiten, die verfassungsrechtliche Überprüfung einer Norm zu erreichen, beschränkt sind. Die japanische Rechtspraxis versucht, das Fehlen einer Normenkontrollklage bzw. Verfassungsbeschwerde durch andere Rechtsbehelfe wie die Wahlprüfungs-klage<sup>7</sup> oder die Feststellungsklage zu kompensieren<sup>8</sup>.

Ein beliebter Weg ist auch, den japanischen Staat auf Schadensersatz zu verklagen, um eine inzidente Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm zu erreichen<sup>9</sup>. Im Folgenden wird geprüft werden, ob die Schadensersatzklage ein Ersatzmittel für eine fehlende Normenkontrollklage darstellen kann. Denn die Frage, ob Bürger, denen aufgrund eines verfassungswidrigen Gesetzes ein Schaden entstanden ist, vom Staat Schadensersatz verlangen können, ist außerordentlich umstritten.

#### I. DIE GERICHTLICHE ÜBERPRÜFUNG DER VERFASSUNGSMÄßIGKEIT VON NORMEN IN JAPAN

Anders als in Deutschland gibt es in Japan weder eine spezielle Verfassungsgerichtsbarkeit noch eine abstrakte oder konkrete Normenkontrolle<sup>10</sup>. Der Oberste Gerichtshof, welcher letzte Instanz einer einheitlichen Gerichtsbarkeit ist, kann vielmehr nur im Rahmen eines konkreten Streitverfahrens inzident eine Norm für verfassungswidrig erklären. Obwohl Art. 81 *Kenpô* nur auf den OGH verweist, ist allgemein anerkannt, dass auch die unteren Gerichte befugt sind, Normen auf ihre Verfassungsgemäßheit zu überprüfen<sup>11</sup>.

4 Oberster Gerichtshof v. 16.12.1959, Keishû 13, 3225; deutsche Übersetzung in EISENHARDT ET AL. (Fn. 3) 492.

5 Oberster Gerichtshof v. 08.06.1960, Minshû 14, 1206; englische Übersetzung unter <http://www.courts.go.jp/english/judgments/text/1960.06.08-1955.-O-.No.96.html>.

6 Siehe beispielsweise K. STERN / A. EBIHARA, Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechtsschutz in Japan und Deutschland, in: Eisenhardt (Fn. 3) 14; KURIKI (Fn. 3) 24 f.

7 Die Wahlprüfungsklage dient der Überprüfung der formellen Richtigkeit einer Wahl, ist aber als Rechtsbehelf zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Wahlkreiseinteilung genutzt worden, vgl. Urteil des Obersten Gerichtshofes v. 14.04.1976, Minshû 30, 223.

8 STERN / EBIHARA (Fn. 6) 14.

9 A. TAKAHASHI, Bemerkung des Übersetzers zu Fall Nr. 21, in: Eisenhardt et al. (Fn. 3) 489.

10 Zur abstrakten Normenkontrolle siehe Oberster Gerichtshof v. 08.10.1952, Minshû 6, 783; deutsche Übersetzung in U. EISENHARDT ET AL. (Fn. 3) 453.

11 F. VENTER, Constitutional comparison: Japan, Germany, Canada and South Africa as constitutional states (Lansdowne u.a. 2000) 88.

Die erste Entscheidung, in der der OGH eine Gesetzesvorschrift für verfassungswidrig erklärte, stammt aus dem Jahre 1973<sup>12</sup>. Der OGH befand den damaligen Art. 200 Strafgesetz, wonach das Strafmaß für den Totschlag von eigenen direkten Abkömmlingen oder Abkömmlingen des Ehegatten höher ausfiel als das Strafmaß für den Totschlag von anderen Personen, wegen Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 14 *Kenpô* für verfassungswidrig. Im Jahre 1975 entschied der OGH, eine Regelung des Arzneimittelgesetzes über Niederlassungsbeschränkungen für die Neuerrichtung von Apotheken sei wegen Verstoßes gegen die durch Art. 22 Abs. 1 *Kenpô* geschützte Berufsfreiheit verfassungswidrig<sup>13</sup>. 1976 erklärte der OGH die Wahlen zum Unterhaus auf der Basis von Art. 13 des Wahlgesetzes im Wahlbezirk Nr. 1 in der Präfektur Chiba wegen Verstoßes gegen das Gleichheitsgebot für verfassungswidrig<sup>14</sup>. Aufgrund der damaligen Einteilung der Wahlbezirke betrug das Stimmungleichgewicht zwischen dem bevölkerungsärmsten und dem bevölkerungsreichsten Wahlbezirk 1: 4,99. Neun Jahre später erklärte der OGH ein Stimmungleichgewicht von 1: 4,4 für verfassungswidrig<sup>15</sup>. Im Jahre 1987 befand der OGH, der damalige Art. 186 Waldgesetz, welcher Beschränkungen für die Teilung gemeinschaftlichen Waldeigentums vorsah, sei wegen Verstoßes gegen die in Art. 29 Abs. 2 *Kenpô* statuierte Entschädigungspflicht bei Enteignung verfassungswidrig<sup>16</sup>. 2002 entschied der OGH, der im Gesetz über Postdienstleistungen vorgesehene Ausschluss bzw. die Minderung der staatlichen Haftung für den Verlust von Postsendungen verstoße gegen die in Art. 17 *Kenpô* geregelte Haftung des Staates für rechtswidrige, schuldhaftige Handlungen öffentlicher Amtsträger<sup>17</sup>. Zum siebten Mal erklärte der OGH im Jahre 2005 Beschränkungen des Wahlrechts im Ausland ansässiger Japaner wegen Verstoßes gegen mehrere verfassungsrechtliche Bestimmungen für verfassungswidrig<sup>18</sup>.

---

12 Oberster Gerichtshof v. 04.04.1973, Keishû 27, 265; deutsche Übersetzung in EISENHARDT ET AL. (Fn. 3) 142.

13 Oberster Gerichtshof v. 30.04.1975, Minshû 29, 572; deutsche Übersetzung in EISENHARDT ET AL. (Fn. 3) 346.

14 Oberster Gerichtshof v. 14.04.1976, Minshû 30, 223; deutsche Übersetzung in EISENHARDT ET AL. (Fn. 3) 237.

15 Oberster Gerichtshof v. 17.07.1985, Minshû 39, 1100; englische Übersetzung unter <http://www.courts.go.jp/english/judgments/text/1985.07.17-1984-Gyo-Tsu-No.339.html>.

16 Oberster Gerichtshof v. 22.04.1987, Minshû 41, 408.

17 Oberster Gerichtshof v. 11.09.2002, Minshû 56, 1439; englische Übersetzung unter <http://www.courts.go.jp/english/judgments/text/2002.09.11-1999.-O-.No.1767.html>.

18 Oberster Gerichtshof v. 14.09.2005, Minshû 59, 2087; englische Übersetzung unter <http://www.courts.go.jp/english/judgments/text/2005.09.14-2001.-Gyo-Tsu-.No..82%2C.2001.-Gyo-Hi-.No..76%2C.2001.-Gyo-Tsu-.No..83%2C.2001.-Gyo-Hi-.No..77.html>.

## II. DIE HAFTUNG DES STAATES FÜR LEGISLATIVES UNRECHT

Ist eine Norm verfassungswidrig, so schließt sich hieran die Frage an, ob ein Bürger, der aufgrund der verfassungswidrigen Norm einen Schaden erlitten hat, vom Staat Schadensersatz verlangen kann. Das Rechtsstaatsprinzip scheint eine solche Haftung des Staates zu gebieten<sup>19</sup>. Andererseits könnte eine solche Haftung möglicherweise erhebliche Auswirkungen auf die Staatsfinanzen haben und damit den politischen Gestaltungsspielraum des Parlaments indirekt in unangemessenem Maße begrenzen<sup>20</sup>. Im Folgenden soll untersucht werden, wie das deutsche und japanische Recht das aufgezeigte Dilemma lösen.

### 1. Die deutsche Rechtslage

Die deutsche Rechtswissenschaft unterscheidet zwischen legislativem und normativem Unrecht sowie zwischen Beruhens- und Unmittelbarkeitsfällen. Unter legislativem Unrecht werden rechtswidrige Parlamentsgesetze des Bundes oder der Länder verstanden, während normatives Unrecht rechtswidrige untergesetzliche Vorschriften, also insbesondere Rechtsverordnungen und Satzungen, umfasst<sup>21</sup>. Ein legislatives Unrecht kann sowohl in Form eines positiven Tuns als auch in Form eines Unterlassens vorkommen. Ein Unmittelbarkeitsfall ist gegeben, wenn bereits durch ein rechtswidriges Parlamentsgesetz oder eine rechtswidrige untergesetzliche Norm selbst der Schaden herbeigeführt wird<sup>22</sup>. Ein Beruhensfall liegt hingegen vor, wenn der Schaden erst durch den Vollzug eines solchen Gesetzes oder einer solchen Norm herbeigeführt wird<sup>23</sup>.

Die Haftung des Staates ist im deutschen Recht nur lückenhaft geregelt. Eine verfassungsrechtliche Gewährleistung der Staatshaftung findet sich in Art. 34 Grundgesetz (im Folgenden GG). Dieser lautet wie folgt:

„Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.“

Gleichzeitig bildet diese Norm in Verbindung mit § 839 BGB die rechtliche Grundlage der Amtshaftung.

---

19 Vgl. D. SCHEUING, Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag (München 1984) 346.

20 Siehe K. BOUJONG, Staatshaftung für legislatives und normatives Unrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Faller / Kirchhof / Träger (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Freiheit – Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag (Tübingen 1989) 433.

21 BOUJONG (Fn. 20) 430.

22 BOUJONG (Fn. 21) 442.

23 BOUJONG (Fn. 21) 442.

## § 839 BGB lautet wie folgt:

„(1) Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

(2) Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

(3) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden“.

§ 839 BGB stellt die haftungsbegründende Norm dar, während Art. 34 GG die durch § 839 BGB begründete persönliche Haftung des Beamten auf den Staat überleitet<sup>24</sup>.

In der DDR gab es ein Staatshaftungsgesetz, welches eine verschuldensunabhängige, originäre Staatshaftung vorsah<sup>25</sup>. Diese gilt durch den Einigungsvertrag als Landesrecht auf dem Gebiet der ehemaligen DDR fort. Das Land Sachsen-Anhalt erließ jedoch mit dem Gesetz zur Änderung des Staatshaftungsgesetzes ein eigenes Staatshaftungsgesetz<sup>26</sup>. In Berlin wurde das für Berlin-Ost geltende StHG DDR 1995 aufgehoben<sup>27</sup>. In Sachsen erfolgte die Aufhebung 1998<sup>28</sup>.

Die Frage, ob der Staat nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB für legislatives Unrecht haftet, ist folglich nicht geregelt und äußerst umstritten. Im Jahre 1981 hat der Gesetzgeber durch den Erlass eines Staatshaftungsgesetzes den Versuch unternommen, das Staatshaftungsrecht einer umfassenden Regelung zuzuführen und auch die Haftung für legislatives Unrecht zu regeln<sup>29</sup>. § 5 Abs. 2 des Staatshaftungsgesetz sah folgende Regelung vor:

„Besteht die Pflichtverletzung in einem rechtswidrigen Verhalten des Gesetzgebers, so tritt eine Haftung nur ein, wenn und soweit ein Gesetz dies bestimmt.“<sup>30</sup>

Es wurde jedoch wegen mangelnder Gesetzgebungsbefugnis des Bundes durch das BVerfG für verfassungswidrig erklärt<sup>31</sup>. Damit stellte sich die Frage nach der staatlichen Haftung für legislatives Unrecht erneut.

24 Vgl. BVerfGE 61, 149.

25 StHG DDR von 12.05. 1969, GBl. I Nr. 5 S. 34.

26 Gesetz zur Änderung des Staatshaftungsgesetzes vom 24.08.1992, GVBl. LSA S. 655.

27 Gesetz zur Aufhebung des Gesetzes zur Regelung der Staatshaftung in der DDR v. 21.9.1995, GVBl. S. 607.

28 Sächsisches Rechtsbereinigungsgesetz vom 17.04.1998, GVBl. S. 151.

29 Staatshaftungsgesetz vom 26.06.1981, BGBl. I S. 553.

30 Text aus H.-J. PAPIER, in: Maunz / Dürig, Grundgesetz – Kommentar (München, Stand 1998) Art. 34 Rd. 196.

Einige Stimmen in der Literatur lehnen eine solche Haftung bereits mit der Begründung ab, das Institut der Amtshaftung sei seiner Struktur nach auf amtspflichtwidrige Einzelmaßnahmen der Verwaltung zugeschnitten<sup>32</sup>. Dem wird entgegengehalten, dass § 839 II BGB den Spruchrichter erkennbar als Amtswalter behandle und sich aus dem Wortlaut des Art. 34 GG ebenfalls keine Begrenzung der Amtshaftung auf bestimmte Teile der öffentlichen Gewalt ableiten lasse<sup>33</sup>.

Doch auch die einzelnen Voraussetzungen sind umstritten. Hierzu gehört, dass jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt hat. Zwar kann nicht der Bundestag als solcher, wohl aber möglicherweise der einzelne Bundestagsabgeordnete als Beamter im Sinne des Art. 34 GG qualifiziert werden. Letzteres wurde früher teilweise mit dem Argument abgelehnt, der Abgeordnete stehe in keinem Dienstverhältnis<sup>34</sup>; er habe kein Amt, sondern nur ein Mandat inne<sup>35</sup>. Diese Argumentation beruht noch auf dem inzwischen überholten Verständnis vom Parlament als bloßes Gesellschaftsorgan im Gegensatz zum Staatsorgan<sup>36</sup>. Die heute herrschende Meinung bejaht hingegen die Amtsträgereigenschaft der Parlamentsabgeordneten<sup>37</sup>.

Weiterhin stellt sich die Frage, ob den Abgeordneten im Parlament Amtspflichten im Sinne des Tatbestands obliegen. Dies lässt sich damit begründen, dass Art. 20 Abs. 3 GG die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung bindet und Art. 1 Abs. 3 GG den Grundrechten unmittelbare Geltungskraft gegenüber der Legislative verleiht<sup>38</sup>. Hieraus folgt, dass auch die Abgeordneten die Pflicht trifft, das höherrangige Recht und damit insbesondere die Grundrechte zu beachten<sup>39</sup>.

Art. 34 GG verlangt ferner, dass es sich um eine Amtspflicht handelt, die dem Amtsträger einem Dritten gegenüber obliegt. Dies setzt voraus, dass sich aus den die Amtspflicht begründenden und sie umreißen Bestimmungen sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäftes ergibt, dass der Geschädigte zu dem Personenkreis zählt, dessen Belange nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäftes geschützt oder gefördert werden sollen<sup>40</sup>. Es muss also eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem geschädigten Dritten bestehen<sup>41</sup>. Der BGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass den Abgeordneten im

---

31 BVerfGE 61, 149.

32 BOUJONG (Fn. 21) 434.

33 S. DETTERBECK / K. WINDHORST / H.-D. SPROLL, *Staatshaftungsrecht* (München 2000) 153.

34 F. SCHACK, *Entschädigung bei „legislativem Unrecht“*, MDR 1953, 514, 515.

35 K.-A. BETTERMANN, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte – Theorie und Praxis der Grundrechte*, Bd. III/2 (Berlin 1959) 836.

36 P. DAGTOGLOU, *Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht?* (Tübingen 1963) 35.

37 BOUJONG (Fn. 21) 431; SCHEUING (Fn. 19) 356; DAGTOGLOU (Fn. 36) 34 ff., R. FETZER, *Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht* (Berlin 1994) 51 ff.

38 FETZER (Fn. 37) 57.

39 F. OSSENBÜHL, *Staatshaftungsrecht* (München 1998) 105.

40 BGH, NJW 1971, 1172 (1174).

41 BGH, NJW 1971, 1172 (1174).

Rahmen der Gesetzgebungstätigkeit grundsätzlich keine Amtspflichten gegenüber den Bürgern obliegen<sup>42</sup>.

Der BGH argumentiert, dass nach der Systematik des Rechts der unerlaubten Handlungen gemäß §§ 823 – 826 BGB nur derjenige ersatzberechtigt sei, gegen den sich die Handlung unmittelbar richte. Im Rahmen des § 839 BGB entspreche dem unmittelbar Verletzten der Dritte, dem gegenüber die Amtspflicht bestehe. Ob der Geschädigte ein Dritter im Sinne des § 839 BGB sei, hänge davon ab, ob die Amtspflicht zumindest auch den Zweck verfolge, das Interesse gerade dieses Geschädigten wahrzunehmen. Im Rahmen der Gesetzgebungsaufgaben treffe der Gesetzgeber jedoch abstrakt-generelle Regelungen und nehme damit in der Regel ausschließlich Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit wahr<sup>43</sup>. Eine Ausnahme komme nur bei sogenannten Maßnahmen- oder Einzelfallgesetzen in Betracht, wenn Belange bestimmter Einzelner unmittelbar berührt werden.

Die herrschende Meinung des neueren Schrifttums vertritt jedoch die Ansicht, dass aus den subjektiven öffentlichen Rechten des Bürgers eine Drittbezogenheit folgen könne<sup>44</sup>. Die Grundrechte gewährten auch gegenüber dem Gesetzgeber öffentlich-rechtliche Unterlassungsansprüche<sup>45</sup>. Erlasse der Gesetzgeber ein verfassungswidriges Gesetz, welches Grundrechte eines Bürgers verletze, so verletze er subjektive öffentliche Abwehrrechte und damit drittbezogene Amtspflichten<sup>46</sup>.

Ist somit umstritten, ob der Staat für legislatives Unrecht haftet, so besteht jedenfalls Einigkeit insoweit, als eine Haftung wegen legislativen Unterlassens nur in Betracht kommt, wenn eine Rechtspflicht zum Erlass einer bestimmten Vorschrift besteht<sup>47</sup>. Da der Gesetzgeber jedoch einen durch das Gewaltenteilungsprinzip abgesicherten Gestaltungsspielraum hat, dürfte es im Regelfall hieran fehlen<sup>48</sup>. Lediglich aufgrund eines Verfassungsauftrages oder bei einer evidenten Verletzung einer aus Grundrechten resultierenden Schutzpflicht können sich Ausnahmen ergeben<sup>49</sup>.

Nachdem der BGH die Rechtslage in Hinblick auf legislatives Unrecht zunächst geklärt hatte, ist das deutsche Staatshaftungsrecht in den letzten Jahren durch gemeinschaftsrechtliche Entwicklungen überlagert worden. Kommt es beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht durch die Mitgliedstaaten zu Schädigungen Dritter, welche einem

---

42 BGH, NJW 1971, 1172 (1174).

43 BGHZ 56, 40 (45 ff.); BGHZ 84, 292 (300); BGHZ 87, 321 (335); BGH NJW 88, 478 (482); BGH NJW 89, 101.

44 DETTERBECK / WINDTHORST / SPROLL (Fn. 33) 156; SCHEUING (Fn. 37) 357; FETZER (Fn. 37) 88 ff.; PAPIER (Fn. 30) Art. 34 Rd. 195; H. DREIER, Grundgesetz – Kommentar (Tübingen 2006) Art. 34 Rd. 50.

45 PAPIER (Fn. 30) Art. 34 Rd. 195.

46 PAPIER (Fn. 30) Art. 34 Rd. 195.

47 DETTERBECK / WINDTHORST / SPROLL (Fn. 33) 158.

48 DETTERBECK / WINDTHORST / SPROLL (Fn. 33) 158.

49 BVerfGE 56, 54 (80 f.); BVerfGE 83, 238 (293 f.); BVerfGE 77, 171 (214 f.); BVerfGE 79, 174 (202); DETTERBECK / WINDTHORST / SPROLL (Fn. 33) 158.

Mitgliedstaat zuzurechnen sind, so verlangt das Gemeinschaftsrecht, dass der Staat hierfür haftet<sup>50</sup>. Bei mitgliedshaftlichem Vollzug des Gemeinschaftsrechts richtet sich das Handeln grundsätzlich nach nationalem Recht, so dass eine Anwendung des deutschen Staatshaftungsrechts möglich ist<sup>51</sup>. Da ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht auch darin begründet sein kann, dass ein Mitgliedstaat seiner Pflicht zur Umsetzung von EG-Richtlinien nicht nachkommt, kann der Bürger den Mitgliedstaat, der eine EG-Richtlinie nicht gemeinschaftsrechtskonform umsetzt, auf Schadensersatz wegen dieses legislativen Unterlassens in Anspruch nehmen. Insofern kommt entweder in Betracht, an Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB als Anspruchsgrundlage festzuhalten und die Merkmale gemeinschaftskonform zu modifizieren oder aber von einem eigenständigen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch auszugehen<sup>52</sup>.

In jedem Fall ist nach der Rechtsprechung des EuGH ein Anspruch gegen den Mitgliedstaat gegeben, wenn der Mitgliedstaat gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, die verletzte Norm eine Schutznorm darstellt, der Verstoß hinreichend qualifiziert ist, ein Schaden entsteht, und eine unmittelbare Kausalität zwischen Verstoß und Schaden besteht<sup>53</sup>. Eine Schutznorm liegt vor, wenn sie nicht ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit besteht, sondern zumindest auch dem individuellen Interesse des Betroffenen dient<sup>54</sup>. Ein hinreichend qualifizierter Verstoß liegt bei Akten der Legislative und Exekutive vor, wenn das mitgliedstaatliche Organ die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat<sup>55</sup>. Ob dies der Fall ist, wird im Wege einer Einzelfallbetrachtung festgestellt<sup>56</sup>. Relevante Kriterien sind das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Norm, der Umfang des durch die verletzte Vorschrift gewährten Ermessensspielraums, die Frage, ob der Verstoß vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde, die Entschuldigbarkeit eines potentiellen Rechtsirrtums sowie eine mögliche Mitverursachung des Verstoßes durch ein Verhalten eines Gemeinschaftsorgans<sup>57</sup>.

Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Staat unter den genannten Voraussetzungen haftet, wenn der deutsche Gesetzgeber Gemeinschaftsrecht nicht gemeinschaftsrechtskonform umsetzt, und stellt damit eine Ausnahme zu der oben dargestellten Rechtslage dar. Ein Umdenken des BGH im Falle rein innerdeutscher Gesetze, welche nicht der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht dienen, ist dadurch noch nicht bewirkt worden. Als Fazit der dargestellten Entwicklung kann festgehalten werden, dass eine Normierung der Staatshaftung für legislatives Unrecht aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert

---

50 DETTERBECK / WINDTHORST / SPROLL (Fn. 33) 89.

51 DETTERBECK / WINDTHORST / SPROLL (Fn. 33) 89.

52 DETTERBECK / WINDTHORST / SPROLL (Fn. 33) 89.

53 EuGH, Slg. 1996, I-1029, 1149 Rn. 51 – *Brasserie du Pêcheur*.

54 EuGH, Slg. 1991, I-5357, 5414 Rn. 40 – *Francovich*.

55 EuGH, Slg. 1996, I-1029, 1150 Rn. 55 – *Brasserie du Pêcheur*.

56 EuGH, Slg. 1996, I-1029, 1150 Rn. 56 – *Brasserie du Pêcheur*.

57 EuGH, Slg. 1996, I-1029, 1150 Rn. 56 – *Brasserie du Pêcheur*, vgl. auch M. BALDUS / B. GRZESZICK / S. WIENHUES, Staatshaftungsrecht (Heidelberg et. al. 2. Aufl. 2007) 69.



wäre. Durch die Aufnahme des Art. 74 I Nr. 25, II ins Grundgesetz, welcher dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Regelungen der Staatshaftung einräumt, ist dieses möglich geworden.

## 2. Die japanische Rechtslage

Auch die japanische Rechtslage ist im Bereich des legislativen Unrechts entscheidend durch die Rechtsprechung geprägt worden, welche insbesondere in den letzten Jahren zunehmend in Bewegung geraten ist. Die rechtlichen Grundlagen finden sich in Art. 17 *Kenpô* und in Art. 1 des im Jahr 1947 vom japanischen Gesetzgeber erlassenen Staatshaftungsgesetzes<sup>58</sup>.

Gemäß Art. 17 *Kenpô* kann, wer durch rechtswidrige Handlungen eines öffentlichen Amtsträgers Schaden erleidet, nach Maßgabe der Gesetze vom Staat oder einer öffentlichen Gebietskörperschaft Ersatz des Schadens verlangen. Der rechtliche Charakter der Vorschrift ist umstritten. Nach einer Meinung handelt es sich um eine reine „Programmvorschrift“, deren Bedeutung sich darauf beschränkt, dem Gesetzgeber gegenüber den Erlass eines entsprechenden Staatshaftungsgesetzes anzuordnen<sup>59</sup>. Die Gegenmeinung ist der Ansicht, Art. 17 *Kenpô* enthalte ein abstraktes Recht<sup>60</sup>.

In Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz heißt es:

„Wenn ein mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betrauter öffentlicher Bedienstete des Staates oder einer öffentlichen Körperschaft in Ausübung seines Amtes vorsätzlich oder fahrlässig einem Dritten rechtswidrig einen Schaden zufügt, trifft den Staat oder die öffentliche Körperschaft die Pflicht, hierfür Schadensersatz zu leisten.“<sup>61</sup>

Bei der Subsumtion legislativen Unrechts unter den Wortlaut stellt sich zunächst die Frage, ob Abgeordneten mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraute öffentliche Bediensteter des Staates sind, was nach ganz herrschende Meinung bejaht wird<sup>62</sup>. War

---

58 *Kokka baishô-hô*, Gesetz Nr. 125/ 1947. Für einen allgemeinen Vergleich des japanischen und deutschen Staatshaftungsrechts siehe B. ELBEN, Staatshaftung in Japan (Frankfurt am Main 2001) 257.

59 Vgl. Y. YOSHIDA, *Nihon koku kenpô-ron* (Erörterung der japanischen Verfassung) (Tôkyô 1995) 425.

60 YOSHIDA (Fn. 59) 425 f.

61 Übersetzung aus ELBEN (Fn. 58) 257.

62 Vgl. Obergericht Sapporo v. 24.05.1978, Hanrei Jihô 888, 26 (28) und die Urteilsanmerkung von T. NONAKA, *Zaitaku tôhyô seido fukkatsu soshô – Kôso-shin hanketsu no igi to mondai-ten* (Klage auf Wiedererrichtung des Hauswahlsystems – Bedeutung des Berufungsurteils und Problempunkte), in: *Jurisuto* 670 (1978) 120 sowie S. MATSUI, *The voting rights of Japanese citizens living abroad*, in: *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Nr. 2 (2007) 337 und K. NAGAO, *Kokkai giin no rippô-kôi to kokka baishô-hô – Zaitaku tôhyô seido o haishi kore o fukkatsu shinakatta rippô-kôi no ihôsei no umu* (Gesetzgeberisches Handeln der Abgeordneten und staatliche Haftung – Die Frage nach der

ursprünglich umstritten, ob das Merkmal „Ausübung öffentlicher Gewalt“ auch Legislativakte umfassen soll<sup>63</sup>, so wird dieses nunmehr ebenfalls allgemein anerkannt<sup>64</sup>. Als Standardargument wird vorgebracht, dass es keinen Grund gebe, den Begriff eng auszulegen und Legislativakte auszuschließen<sup>65</sup>. Lediglich die Voraussetzungen für eine staatliche Haftung wegen legislativen Unrechts sind umstritten<sup>66</sup>.

Hierbei stellt sich insbesondere die Frage, unter welchen Umständen Legislativakte rechtswidrig im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz sind. Die nachfolgend dargestellte Rechtsprechung dreht sich hauptsächlich um diese Frage.

a. *Klage wegen Abschaffung des Hauswahlsystems*

In seinem Urteil von 1985 zur Verfassungswidrigkeit des damaligen Wahlgesetzes<sup>67</sup> legte der OGH erstmalig die Voraussetzungen für eine Haftung des Staates wegen legislativen Unrechts fest<sup>68</sup>.

aa. *Zugrundliegender Sachverhalt und tragende Entscheidungsgründe*

Bis zum Jahre 1952 enthielt das Wahlgesetz eine Bestimmung, wonach erheblich gehbehinderte Wähler ihre Stimmen zu Hause abgeben durften. Da dieses System bei den Gemeindewahlen 1951 zu erheblichem Missbrauch führte und eine Reihe von Klagen auslöste, die auf die Ungültigkeitserklärung der Wahlen abzielten, schaffte das Parlament diese Bestimmung durch Gesetzesänderung 1952 wieder ab<sup>69</sup>.

Der Kläger war aufgrund seiner starken Gehbehinderung nicht in der Lage, anlässlich von acht (lokalen und nationalen) Wahlen in den Jahren 1968 bis 1972 das Wahllokal aufzusuchen, und konnte somit sein Stimmrecht nicht ausüben. Erst 1975 wurde das Hauswahlrecht wieder eingeführt<sup>70</sup>.

---

Rechtmäßigkeit legislativen Handelns, durch welches das Hauswahlsystem abgeschafft und nicht neu begründet wurde), in: *Minshōhō-zasshi* 95 Nr. 1 (1986) 107.

63 Vgl. Y. HIGUCHI / K. SATŌ / M. NAKAMURA / N. URABE, *Chūshaku Nihon koku kenpō* (Kommentar zur japanischen Verfassung) (Tōkyō 1984) 370, 371.

64 T. MUROI / Y. SHIBAIKE / K. HAMAKAWA, *Gyōsei jiken soshō-hō – kokka baishō-hō* (Verwaltungsprozessgesetz – Staatshaftungsgesetz) (Tōkyō, 2. Aufl. 2006) 517.

65 Vgl. HIGUCHI / SATŌ / NAKAMURA / URABE (Fn. 63) 370 und T. NONAKA, *Zaitaku tōhyō-sei jiken – Saikōsai hanketsu no kentō* (Der Hauswahlssystemfall – eine Analyse des Urteils des Obersten Gerichtshofes), in: *Hōritsu Jihō* 58 Nr. 2, 90, 91.

66 Vgl. M. NAKAMURA, *Zaitaku tōhyō seido haishi iken soshō saikōsai hanketsu* (Urteil des Obersten Gerichtshofes über die Klage zur Verfassungswidrigkeit der Abschaffung des Hauswahlsystems), in: *Jurisuto* 855 (1986) 86.

67 Gesetz über die Wahlen zu öffentlichen Ämtern [*Kōshoku senkyō-hō*], Nr. 100/ 1950.

68 Oberster Gerichtshof v. 21.11.1985, *Minshū* 39, 1512, *Hanrei Jihō* 1177, 3; deutsche Übersetzung in EISENHARDT ET AL. (Fn. 3) 482.

69 *Kōshoku senkyō-hō no ichibu wo kaisei suru hōritsu* [Gesetz zur teilweisen Änderung des Gesetzes über die Wahlen zu öffentlichen Ämtern], Nr. 307/ 1952.

70 *Kōshoku senkyō-hō no ichibu wo kaisei suru hōritsu* [Gesetz zur teilweisen Änderung des Gesetzes über die Wahlen zu öffentlichen Ämtern], Nr. 63/ 1975.

Der Kläger beehrte aufgrund des Ausschlusses von den Wahlen Schadensersatz wegen mentalen Leidens nach dem Staatshaftungsgesetz. Er machte geltend, der Gesetzgeber habe dadurch, dass er die Bestimmungen über das Hauswahlrecht für gehbehinderte Bürger aufhob und keine neuen Bestimmungen erließ, gegen Artt. 13<sup>71</sup>, 15 Abs. 1<sup>72</sup> und 3<sup>73</sup>, Art. 14 Abs. 1<sup>74</sup>, Art. 44<sup>75</sup>, 47<sup>76</sup> und 93<sup>77</sup> *Kenpô* verstoßen und damit rechtswidrig im Sinne des Art. 1 § 1 Staatshaftungsgesetz gehandelt.

Der OGH wies die Revision zurück. Er begründete sein Urteil damit, dass ein verfassungswidriger Legislativakt (welcher sowohl ein Tun als auch Unterlassen umfasst) nicht automatisch einen rechtswidrigen Akt im Sinne des Staatshaftungsrechts darstelle. Letzteres sei nur dann gegeben, wenn das Parlament eine Pflicht verletzt habe, die es gerade gegenüber dem Kläger habe. Grundsätzlich handele das Parlament jedoch für das öffentliche Wohl. Legislativakte seien aus der Natur der Sache heraus politisch und rechtlichen Beschränkungen daher nicht zugänglich. Die Mitglieder des Parlaments treffe eine politische Verantwortung gegenüber dem Volk, nicht aber eine rechtliche Verantwortung gegenüber einzelnen Bürgern. Dies folge auch aus Art. 51 *Kenpô*, wonach die Abgeordneten von rechtlicher Verantwortung für ihre Äußerungen und Entscheidungen befreit sind. Ebenso wenig folge aus der Tatsache, dass der OGH ein Gesetz auf seine Verfassungswidrigkeit überprüfen könne, dass die Handlungen der Mitglieder des Parlaments auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft werden könnten. Eine Ausnahme sei nur dann gegeben, wenn das Parlament ein Gesetz durchführe, obwohl dessen Inhalt einer eindeutigen Bestimmung der Verfassung widerspreche.

- 
- 71 Art. 13 *Kenpô*: Alle Bürger werden als Einzelpersonen geachtet. Ihr Recht auf Leben, Freiheit und ihr Streben nach Glück ist, soweit es nicht dem öffentlichen Wohl entgegensteht, bei der Gesetzgebung und in anderen Regierungsangelegenheiten in höchstem Maße zu erwägen.
- 72 Art. 15 Abs. 1 *Kenpô*: Das Volk hat das unveräußerliche Recht, seine öffentlichen Amtsträger zu wählen und sie zu entlassen.
- 73 Art. 15 Abs. 3 *Kenpô*: Allgemeines Erwachsenenrecht wird im Hinblick auf die Wahl der öffentlichen Amtsträger garantiert.
- 74 Art. 14 *Kenpô*: Alle Bürger sind vor dem Gesetz gleich, und es gibt keine Benachteiligung in politischer, wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Hinsicht wegen Rasse, Glauben, Geschlecht, gesellschaftlicher Stellung oder familiärer Herkunft.
- 75 Art. 44 *Kenpô*: Die Voraussetzungen für die Mitglieder beider Häuser und ihrer Wähler werden durch Gesetz bestimmt. Es darf keine Benachteiligung wegen Rasse, Glauben, Geschlecht, gesellschaftlicher Stellung, familiärer Herkunft, Ausbildung, Vermögen oder Einkommen geben.
- 76 Art. 47 *Kenpô*: Die Wahlkreise, die Art und Weise der Stimmabgabe und andere Angelegenheiten, die die Art und Weise der Wahl der Mitglieder beider Häuser betreffen, werden durch Gesetz bestimmt.
- 77 Art. 93 *Kenpô*: Die Gebietskörperschaften errichten in Übereinstimmung mit dem Gesetz als beratende Organe Abgeordnetenversammlungen. Der Leiter der öffentlichen Gebietskörperschaft, die Mitglieder ihrer Abgeordnetenversammlung und andere öffentliche Amtsträger, die vom Gesetz bestimmt sind, werden von der Bevölkerung des Bezirks der jeweiligen Gebietskörperschaft unmittelbar gewählt.

Einen solchen Verstoß gegen den eindeutigen Wortlaut der Verfassung vermochte der OGH im vorliegenden Fall nicht festzustellen, da Art. 47 *Kenpô*<sup>78</sup> dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum zur Gestaltung des Wahlverfahrens eröffne.

Die Aufhebung des Hauswahlrechts durch das Parlament und das Unterlassen, eine neue Regelung einzuführen, stellten somit keinen rechtswidrigen Akt im Sinne des Staatshaftungsrechts dar.

#### bb. Kritik

Das Urteil ist von der japanischen Lehre unterschiedlich aufgenommen worden<sup>79</sup>. Die Mehrheit in der Literatur steht dem Urteil wohl kritisch gegenüber<sup>80</sup>.

Einig ist sich die Lehre darin, dass die Voraussetzungen für eine Anerkennung eines Schadensersatzes für legislatives Unrecht vom Obersten Gerichtshof eng gezogen wurden<sup>81</sup>. Während einige Stimmen darauf hinweisen, dass die Bedeutung des Urteils in der Feststellung liege, dass legislatives Unrecht von der Staatshaftung grundsätzlich nicht ausgeschlossen sei<sup>82</sup>, kritisieren andere, dass das Urteil aufgrund der strengen Voraussetzungen einer Nichtanerkennung staatlicher Haftung für legislatives Unterlassen gleichkomme<sup>83</sup>. Der OGH habe dadurch auch den Weg gesperrt, über eine Schadensersatzklage die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes feststellen zu lassen<sup>84</sup>.

Da das Urteil zwischen der Verfassungswidrigkeit des Inhalts eines Gesetzes und der Rechtswidrigkeit des gesetzgeberischen Handelns im Sinne des Staatshaftungsrecht differenziert, ist es von einem Teil der Literatur so aufgefasst worden, dass es auf der „Theorie der Amtshaftungsstandards<sup>85</sup>“ beruhe<sup>86</sup>. Diese Lehre ist zur Beurteilung der

78 S. Fn. 76.

79 Ein Überblick über unterschiedliche Literaturmeinungen findet sich bei NAGAO (Fn. 62) 100 und Fußnoten 5-7 auf S. 102 sowie bei K. MATSUMOTO, *Rippô fusakui ni taisuru kokka baishô seikyû-ken to jôseki kikan no kisan-ten* (Der Schadensersatzanspruch wegen legislativem Unterlassen und der Beginn der Verjährungsfrist), in: *Hôritsu Jihô* 73 Nr. 11, 111.

80 Vgl. A. NISHINO, *Rippô fusakui to kokka sekinin* (Legislatives Unterlassen und staatliche Haftung), in: *Hôritsu Jihô* 76 Nr. 1, 51.

81 Vgl. MUROI / SHIBAIKE / HAMAKAWA (Fn. 64) 543; T. NONAKA / M. NAKAMURA / K. TAKAHASHI / K. TAKAMI, *Kenpô II (Dai 4 han)* (Verfassungsrecht II, 4. Auflage) (Tôkyô 2006) 272; Y. HASEBE, *Kenpô* (Verfassung) (Tôkyô, 3. Aufl. 2004) 311; K. ÔISHI, *Rippô fusakui ni taisuru shihô shinsa* (Eine Untersuchung der Rechtsprechung zu legislativem Unterlassen), in: *Hakuô Hôgaku*, Vol. 14, Nr. 1(2007) 172; H. MURATA, *Zaigai hôjin senkyo-ken to rippô fusakui* (Das Wahlrecht im Ausland ansässiger Japaner und legislatives Unterlassen), in: *Kansai Daigaku Hôgaku Ronshû*, Vol. 55/6 (2006) 1744; YOSHIDA (Fn. 59) 426.

82 YOSHIDA (Fn. 59) 426.

83 Vgl. T. KOBAYASHI, *Seishin-teki gen'in ni yoru tôhyô ninnan-sha ni taisuru rippô fusakui sekinin* (Haftung für legislatives Unterlassen gegenüber Personen, die aufgrund mentaler Ursachen Schwierigkeiten bei [öffentlichen] Wahlen haben), in: *Minshôhō Zasshi* 136 Nr. 1 (2007) 99; NONAKA (Fn. 62) 91; NAGAO (Fn. 62) 100 und die Nachweise bei MURATA (Fn. 81) 1744 und OISHI (Fn. 81) 172.

84 So in Bezug auf legislatives Unterlassen NONAKA / NAKAMURA / TAKAHASHI / TAKAMI (Fn. 81) 272, 273.

85 *Shokumu kijun setsu*. Die deutsche Übersetzung ist ELBEN (Fn. 58) 181 entnommen.

Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der Strafverfolgungsorgane entwickelt worden<sup>87</sup>. Der OGH hatte 1978 in einer auf das Staatshaftungsgesetz gestützten Schadensersatzklage entschieden, dass die Festnahme, Untersuchungshaft und öffentliche Anklage im Falle eines späteren Freispruchs nicht notwendigerweise rechtswidrig seien<sup>88</sup>. Wenn zum Zeitpunkt der jeweiligen Maßnahme ein angemessener Grund bestehe, so seien die Maßnahmen rechtmäßig. Hierfür genüge, dass sich für die Strafverfolgungsorgane nach Auswertung unterschiedlicher Daten auf der Grundlage einer angemessenen Bewertung ein hinreichender Schuldverdacht ergebe<sup>89</sup>. Die Theorie der Amtshaftungsstandards unterscheidet sich damit erheblich von der Lehre vom Erfolgsunrecht, nach der im Falle eines Freispruchs die Maßnahmen der Strafverfolgungsorgane im Nachhinein als rechtswidrig eingestuft werden<sup>90</sup>. Während die dogmatische Trennung von Verfassungswidrigkeit und Rechtmäßigkeit im Sinne des StHG zum Teil befürwortet wird<sup>91</sup>, wird von anderer Seite den Schlussfolgerungen des OGH gegenüber eingewandt, dass auch nach der Theorie des Amtshaftungsstandards ein verfassungswidriger Gesetzesinhalt zur Rechtswidrigkeit führen müsse, da das Parlament im Rahmen der Gesetzgebungstätigkeit an die Verfassung gebunden sei<sup>92</sup>.

Viele derjenigen, welche die Trennung von Verfassungswidrigkeit und Rechtmäßigkeit dem Grunde nach befürworten, kritisieren jedoch, dass die Voraussetzungen für die Anerkennung der Rechtswidrigkeit zu streng seien<sup>93</sup>.

Streit herrscht zunächst darüber, wie der Hinweis des Obersten Gerichtshofes zu verstehen sei, dass die Rechtswidrigkeit von Legislativakten im Sinne des Staatshaftungsrechts die Verletzung einer Pflicht voraussetze, welche dem Parlament gegenüber Dritten obliegt. Dieses vom Obersten Gerichtshof zusätzlich eingeführte Tatbestandsmerkmal ähnelt dem Erfordernis eines Drittbezugs der verletzten Amtspflicht in Art. 34 GG und § 839 BGB<sup>94</sup>. In der japanischen Literatur wird daher auch darauf hingewiesen, dass der Gedanke, der Amtsträger müsse eine ihm gegenüber einem Dritten obliegende Pflicht verletzen, aus dem deutschen Recht stamme<sup>95</sup>. Da der Wortlaut des japanischen StHG im Gegensatz zum Wortlaut des Art. 34 GG jedoch eine solche Voraussetzung nicht vorsehe, wird daran gezweifelt, ob die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes so ausgelegt werden könne, dass die Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht Vor-

---

86 Vgl. NISHINO (Fn. 80), 52; T. KOBAYASHI (Fn. 83) 103.

87 NISHINO, (Fn. 80), 52.

88 Oberster Gerichtshof v. 20.10.1978, Hanrei Jihô 908, 3.

89 Siehe auch die Urteilszusammenfassung bei NAGAO (Fn. 62) 103, 104.

90 NISHINO, (Fn. 80), 52.

91 NONAKA (Fn. 62) 91.

92 NISHINO, (Fn. 80), 52.

93 MATSUMOTO (Fn. 79) 111.

94 Siehe hierzu auch K. STERN, Rechtsvergleichende Kommentierung zu Fall 21, in: Eisenhardt et al. (Fn. 3) 489.

95 MATSUMOTO (Fn. 79) 112.

aussetzung für die Staatshaftung sei<sup>96</sup>. Bei Bejahung eines solchen Erfordernisses wird zumindest geltend gemacht, dass das Parlament gegenüber den Bürgern nicht nur eine politische Verantwortung, sondern auch eine rechtliche Pflicht treffe<sup>97</sup>, da der Gesetzgeber den Beschränkungen der Verfassung unterworfen sei<sup>98</sup>.

Gegenüber dem Argument, die in Art. 51 *Kenpô* verankerte Indemnität der Abgeordneten schließe eine Haftung des Staates für Legislativakte aus<sup>99</sup>, wird eingewandt, aus der Indemnität der Abgeordneten könne nicht folgen, dass ein auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit der Abgeordneten beruhendes rechtswidriges Verhalten rechtmäßig werde<sup>100</sup>. Die Indemnität der Abgeordneten beschränke weder die Einhaltung ihrer Pflichten noch beinhalte sie einen Haftungsausschluss für den Staat<sup>101</sup>. In diesem Zusammenhang wird auch auf die deutsche Rechtslage hingewiesen, nach der die Indemnität der Abgeordneten die Haftung des Staates nicht hindere, da ein Regress des Staates bei den Abgeordneten ausgeschlossen sei<sup>102</sup>.

Weiterhin wird in der japanischen Literatur kritisiert, dass der Oberste Gerichtshof für legislatives Tun und legislatives Unrecht dieselben Voraussetzungen aufstellt, statt klar zwischen beiden zu trennen<sup>103</sup>. Letztlich bleibt auch unklar, wie die Ausnahme, wonach eine Rechtswidrigkeit bei einem Verstoß gegen eine eindeutige Bestimmung der Verfassung gegeben ist, zu verstehen ist. Dies ist zum Teil so interpretiert worden, dass der Gesetzgeber bewusst gegen die Verfassung verstoßen müsse<sup>104</sup>. Zwar stellt der japanische Wortlaut des Urteils dieses Erfordernis nicht explizit auf, doch kann der Wortlaut im Zusammenhang so ausgelegt werden<sup>105</sup>.

Andere jedoch sehen das Urteil trotz Begründungsschwächen im Ergebnis als angemessen an<sup>106</sup>. Es wird daraufhin hingewiesen, dass im Falle legislativen Unrechts eine Staatshaftung wegen der Ausführung des verfassungswidrigen Gesetzes durch die Ver-

---

96 MATSUMOTO (Fn. 79) 112.

97 NAGAO (Fn.62) 107.

98 NONAKA (Fn. 65) 91.

99 Siehe neben dem Urteil des OGH auch HASEBE (Fn. 81) 312. Vgl. weiterhin ÔISHI (Fn. 81) 187.

100 NAKAMURA (Fn.66) 88.

101 NAGAO (Fn. 62) 108.

102 NAKAMURA (Fn. 66) 89, Fn. 6 a. E.

103 NAKAMURA (Fn. 66) 87.

104 Vgl. beispielsweise MATSUI (Fn. 62) 334. Auch die japanische Regierung legt das Urteil in der Regierungserklärung zum sogenannten Hansen-Urteil so aus, vgl. „Full text of government statement over leprosy case“, Japan Policy & Politics, 28. Mai 2001.

105 Der Originalwortlaut des Urteils lautet wie folgt: *Kokka giin no rippô wa, rippô no naiyô ga kenpô no ichigi-teki na mongon ni ihan shite iru ni mo kakawarazu, kokka ga aete tōgai rippô o okonau to iu gotoki, yô ni sôtei shigatai yô na reigai-teki na ba'ai de nai kagiri, kokka baishô-hô no ichijô ichikô no kitei no dekiyô-jô, ihô no kyôka wo ukenai mono to iwanakerebanaranai.*

106 Vgl. die Nachweise bei NAGAO (Fn. 62) 100 und in den Fußnoten 5-7 auf Seite 102.

waltung in Betracht komme<sup>107</sup>. Gleichzeitig wird eingeräumt, dass der Anwendungsbereich bei einer redlichen Ausführung durch die Verwaltung jedoch beschränkt sein dürfte<sup>108</sup>. Weiterhin wird gegenüber einer Staatshaftung für legislatives Unrecht eingewandt, dem Kläger gehe es in diesem Fall nicht um die individuelle Entschädigung; vielmehr klage er aus „staatsbürgerlicher Entrüstung“<sup>109</sup>. Daneben wird darauf hingewiesen, dass eine Schadensersatzklage ihrem Wesen nach keine abstrakte Verfassungsklage sei<sup>110</sup>. Ferner wird geltend gemacht, dass Gesetze aufgrund ihres abstrakten Charakters viele betreffen, und nicht ersichtlich sei, warum aus deren Mitte gerade der Kläger Schadensersatz geltend machen dürfe<sup>111</sup>. Auch wird auf die Gefahr hingewiesen, dass die Schadensersatzsummen ins Unermessliche steigen<sup>112</sup>.

Den Kritikern des Urteils ist jedoch recht zu geben, dass das Erfordernis der Verletzung einer dem Parlament gegenüber dem Kläger obliegenden Pflicht im Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz keine Stütze findet. Selbst wenn man die Verletzung einer solchen Pflicht fordert, kann parallel zur deutschen Debatte eingewandt werden, dass das Parlament gegenüber den Bürgern verpflichtet ist, nicht deren in der japanischen Verfassung niedergelegten Grundrechte zu verletzen. Zur Wahrung der Indemnität der Abgeordneten genügt in der Tat, sie von einem Regress freizustellen. Auch die dargestellte Ausnahme ist wenig einsichtig. Geht man mit dem Obersten Gerichtshof davon aus, dass Voraussetzung für eine Haftung wegen legislativen Unrechts eine Verletzung einer dem Parlament gegenüber dem Einzelnen obliegenden Pflicht sei, das Parlament jedoch grundsätzlich nur für das öffentliche Wohl handle, so kommt es auf die Intensität des Verfassungsverstoßes nicht an<sup>113</sup>. Die Intensität des Verfassungsverstoßes und die Frage, ob das Parlament eine drittschützende Amtspflicht verletzt hat, sind vielmehr zwei voneinander getrennt zu behandelnde Fragen.

Insgesamt ist der japanischen Literatur beizustimmen, dass der OGH in dieser Entscheidung hohe Anforderungen für die Zuerkennung eines Schadensersatzanspruches wegen legislativen Unrechts aufgestellt hat. Wie in früheren Entscheidungen betont der OGH den politischen Gestaltungsspielraum des Parlaments. Damit fügte sich das Urteil in die ständige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ein, der sich bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung von Gesetzen traditionell sehr zurückhält.

---

107 HASEBE (Fn. 81) 312.

108 HASEBE (Fn. 81) 312.

109 ÔISHI (Fn.81) 187.

110 ÔISHI (Fn.81) 187.

111 ÔISHI (Fn.81) 187.

112 ÔISHI (Fn.81) 187.

113 Vgl. hierzu ELBEN (Fn. 58) Fn. 592 auf S. 179.

b. *Klage wegen Verwehrung des Wahlrechts für im Ausland ansässige Japaner*

Im Jahre 2005 bejahte der Oberste Gerichtshof zum ersten und bisher auch einzigen Mal<sup>114</sup> einen Amtshaftungsanspruch wegen legislativen Unterlassens<sup>115</sup>. Dreizehn Kläger machten die Verfassungswidrigkeit einer Regelung geltend, welche das Wahlrecht im Ausland ansässiger Japaner beschränkte. Weiterhin verlangten sie Schadensersatz nach dem Staatshaftungsgesetz mit der Begründung, das Parlament habe es unterlassen, eine entsprechende Regelung zu erlassen, um den Klägern die Teilnahme an den Wahlen zu ermöglichen.

aa. Zugrundeliegender Sachverhalt und tragende Entscheidungsgründe

Das japanische Parlament besteht aus Ober- und Unterhaus<sup>116</sup>. Bis 1983 wurden die Mitglieder des Oberhauses durch Personenwahl in einem einzigen, landesweiten Wahlkreis gewählt<sup>117</sup>. Alle drei Jahre wurden und wird die Hälfte der Oberhausmitglieder gewählt. Durch Gesetzesänderung 1982 wurde ein Mischsystem aus Mehrheitswahl und Verhältniswahl eingeführt, das bis heute Bestand hat<sup>118</sup>. Seit 2001 werden 146 Kandidaten durch Direktwahl in Wahlkreisen und 96 Kandidaten durch Verhältniswahl in einem einzigen landesweiten Wahlkreis gewählt. Wähler haben zwei Stimmen, eine für den Direktkandidaten und eine für die Verhältniswahl.

Ein ähnliches System wurde 1994 für die Unterhauswahlen eingeführt<sup>119</sup>. Bis dahin bestand ein System mittelgroßer Wahlkreise, in denen zwei bis sechs Kandidaten durch Direktwahl gewählt wurden, wobei jeder Wähler eine Stimme hatte. Die Parteien konnten mehrere Kandidaten für einen Wahlkreis aufstellen. Seit 1994 werden 300 Sitze des Unterhauses nach Mehrheitswahl vergeben, 180 Sitze nach Verhältniswahl<sup>120</sup>.

Bis 1998 konnten nur solche grundsätzlich wahlberechtigten Bürger wählen, die im Wahlregister als Wähler registriert waren<sup>121</sup>. Als Wähler registrieren lassen konnte sich

114 MURATA (Fn. 81) 1745 und ÔISHI (Fn. 81) 172.

115 Oberster Gerichtshofes v. 14.09.2005, in: Minshû 59, 2087; Hanrei Jihô 1908, 36; englische Übersetzung unter <http://www.courts.go.jp/english/judgments/text/2005.09.14-2001.-Gyo-Tsu-.No..82%2C.2001.-Gyo-Hi-.No..76%2C.2001.-Gyo-Tsu-.No..83%2C.2001.-Gyo-Hi-.No..77.html>.

116 Für einen Überblick über das Wahlsystem siehe S. WRBKA, The Research Commission on the Constitution and the Upper House Issue, ZJapanR 21 (2006) 105.

117 Die Oberhauswahlen wurden bis 1950 im Gesetz über die Oberhauswahlen, *Sangi-in senkyô-hô*, Gesetz Nr. 11/1947 geregelt. 1950 wurden die Ober- und Unterhauswahlen im Gesetz über die Wahlen zu öffentlichen Ämtern geregelt, *Kôshoku senkyô-hô*, Gesetz Nr. 100/1950.

118 *Kôshoku senkyô-hô no ichibu wo kaisei suru hôritsu* [Gesetz zur teilweisen Änderung des Gesetzes über die Wahlen zu öffentlichen Ämtern], Gesetz Nr. 81/1982.

119 *Kôshoku senkyô-hô no ichibu wo kaisuru hôritsu* [Gesetz zur teilweisen Änderung des Gesetzes über die Wahlen zu öffentlichen Ämtern], Gesetz Nr. 2/1994.

120 Damit stellte das japanische Wahlsystem im Gegensatz zur deutschen personalisierten Verhältniswahl ein echtes Mischsystem dar.

121 Art. 42 Abs. 1 des Gesetzes über die Wahlen zu öffentlichen Ämtern (Fn. 117).



jedoch nur, wer mindestens 20 Jahre alt war, im Gebiete der registerführenden Gemeinde ansässig und seit drei Monaten mit seinem Wohnsitz beim Einwohnermeldeamt angemeldet war. Japanische Staatsbürger, die im Ausland ansässig und nicht mit ihrem Wohnsitz in Japan gemeldet waren, konnten sich daher nicht im Wahlregister eintragen lassen und dementsprechend nicht wählen<sup>122</sup>.

Als Reaktion auf die Kritik an dieser Regelung wurde 1998 das Gesetz über die Wahlen zu öffentlichen Ämtern geändert<sup>123</sup> und ein Wahlregister für im Ausland ansässige japanische Staatsbürger eingeführt. Allerdings beschränkte sich das Wahlrecht auf die Verhältniswahl bei den Unterhaus- und Oberhauswahlen, schloss also die im Ausland ansässigen Japaner weiterhin von den Direktwahlen bei Unterhaus- und Oberhauswahlen aus<sup>124</sup>.

Hiergegen erhoben 50 Japaner Klage auf Feststellung, dass das Gesetz über die Wahlen zu öffentlichen Ämtern sowohl bis zur Gesetzesänderung 1998 als auch danach verfassungswidrig gewesen sei. Sie beantragten weiterhin die Feststellung, berechtigt zu sein, bei Unter- und Oberhauswahlen sowohl die Direktkandidaten zu wählen als auch an den Verhältniswahlen teilzunehmen. Außerdem machten diejenigen Kläger, die bei den Oberhauswahlen von 1996 von den Wahlen ausgeschlossen gewesen waren, Amtshaftungsansprüche wegen legislativen Unterlassens mit dem Argument geltend, das Parlament hätte das Gesetz über die Wahlen zu öffentlichen Ämtern ändern müssen, um den Klägern die Wahl der Oberhausmitglieder zu ermöglichen.

Das Distriktgericht Tōkyō wies die Klage ab, das Obergericht Tōkyō die Berufung. Daraufhin erhoben 13 der Kläger Revision beim Obersten Gerichtshof<sup>125</sup>.

Der OGH erklärte sowohl die ursprüngliche Regelung des Wahlgesetzes, nach der im Ausland ansässige Japaner gar nicht wählen durften, als auch die spätere Regelung, wonach sie nur an den Verhältniswahlen für Ober- und Unterhaus teilnehmen durften, wegen Verstoßes gegen Art. 15 Abs. 1<sup>126</sup> und 3<sup>127</sup>, Art. 43 Abs. 1<sup>128</sup> und Art. 44<sup>129</sup> *Kenpō* für verfassungswidrig.

---

122 MATSUI (Fn. 62) 333.

123 Gesetz Nr. 47/ 1998. Art. 41 Abs. 1 lautete nunmehr: „Personen, die nicht im Wahlregister oder dem Wahlregister für im Ausland ansässige Japaner eingetragen sind, dürfen nicht wählen“.

124 Art. 8 der Ausführungsbestimmungen des Gesetzes über die Wahlen zu öffentlichen Ämtern in der Fassung des Gesetzes Nr. 47/ 1998.

125 „*Zaigai senkyō-ken no seigen wa iken – Saikō-sai hanketsu*“ [Beschränkung des Wahlrechts im Ausland ansässiger Japaner ist verfassungswidrig – Urteil des Obersten Gerichtshofes], Asahi Shinbun online, 14.09.2005.

126 S. Fn. 72.

127 S. Fn. 73.

128 Art. 43: Beide Häuser setzen sich aus gewählten Mitgliedern zusammen, die das ganze Volk vertreten. Die Zahl der Mitglieder beider Häuser wird durch Gesetz bestimmt.

129 S. Fn. 75.

Der OGH begründete seine Entscheidung mit der Bedeutung des Wahlrechts für die parlamentarische Demokratie. Aus den genannten Verfassungsbestimmungen ergebe sich, dass das Wahlrecht nur dann eingeschränkt werden dürfe, wenn dieses unvermeidbar sei. Der Staat müsse nur dann keine Maßnahmen vornehmen, um seinen Bürgern die Ausübung ihres Wahlrechts zu ermöglichen, wenn es praktisch unmöglich oder äußert schwierig sei, solche Maßnahmen zu treffen und gleichzeitig die Fairness der Wahlen zu wahren. Durch den Gesetzesentwurf von 1984 habe das Kabinett zu erkennen gegeben, dass es möglich gewesen wäre, im Ausland ansässige Japaner an den Wahlen teilnehmen zu lassen. Der Grund für die Beschränkung des Wahlrechts auf die Verhältniswahl – die Schwierigkeit, im Ausland ansässige Japaner mit Informationen über die Kandidaten zu versorgen – stelle in Zeiten moderner Kommunikationstechnologie keine rechtfertigende Hürde mehr dar.

Weiterhin bejahte der OGH einen Amtshaftungsanspruch wegen legislativen Unterlassens. Er wies zunächst in Anlehnung an sein früheres Urteil daraufhin, dass verfassungswidrige Legislativakte nur dann rechtswidrig im Sinne des Staatshaftungsrechts seien, wenn das Parlament seine Pflichten gegenüber individuellen Bürgern verletzt habe. In Fällen jedoch, in denen der Inhalt eines Gesetzes oder ein legislatives Unterlassen offensichtlich gegen Grundrechte der Bürger verstoße oder es offensichtlich unumgänglich sei, legislative Maßnahmen zu treffen, um den Bürgern die Ausübung ihrer Grundrechte zu ermöglichen, das Parlament dieses jedoch für eine lange Zeit ohne rechtfertigende Gründe unterlassen habe, stelle der Legislativakt bzw. das legislative Unterlassen einen rechtswidrigen Akt im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz dar.

Bereits 1984, in der 101. Legislaturperiode, habe das Kabinett dem Parlament einen Gesetzesentwurf vorgelegt, der die Änderung des Wahlgesetzes vorsah, wonach auch im Ausland ansässige Japaner das Recht haben sollten, an der Wahl sämtlicher Mitglieder des Ober- und Unterhauses teilzunehmen. Die Verabschiedung des Gesetzesentwurfs wurde bis zur 105. Legislaturperiode hinausgezögert und schließlich durch das Unterhaus abgelehnt. Solch ein Unterlassen über einen Zeitraum von zehn Jahren stelle einen Ausnahmefall und damit eine legislative Nachlässigkeit dar. Aufgrund des mentalen Leidens, welches der Ausschluss von den Wahlen ausgelöst habe, hat der OGH den Revisionsklägern Schadensersatz zugesprochen.

#### bb. Kritik

In der japanischen Lehre ist umstritten, ob das Urteil lediglich die in dem Urteil vom 21.11.1985 für eine Haftung wegen legislativen Unrechts genannten erforderlichen Voraussetzungen konkretisiert oder aber eine Rechtsprechungsänderung darstellt und damit in seiner Bedeutung über das erste Urteil hinausgeht<sup>130</sup>. Nach der herrschenden

---

130 Vgl. J. OKADA, *Zaigai kokumin no senkyô-ken to rippô fusakui* (Das Wahlrecht im Ausland ansässiger Japaner und legislatives Unterlassen), in: *Sôgô Seisaku Ronshû*, Vol. 5, Nr. 1 (2006) 249.

Lehre stellt das Urteil, wonach der Staat haftet, wenn es eindeutig ist, dass der Inhalt eines Gesetzes oder ein legislatives Unterlassen rechtswidrig die Grundrechte der Bürger verletzt, oder wenn es eindeutig notwendig ist, legislative Maßnahmen zu ergreifen, damit die Bürger ihre Grundrechte ausüben können, der Gesetzgeber jedoch für eine lange Zeit ohne rechtfertigende Gründe solche Maßnahmen nicht ergriffen hat, lediglich eine Paraphrasierung des Urteils vom 21.11.1985 dar, wonach eine Haftung bei einem eindeutigen Verfassungsverstoß gegeben ist<sup>131</sup>. Nach dieser Meinung hat dieses Urteil keine Änderung in der Sache erbracht<sup>132</sup>. Nach anderer Ansicht handelt es sich hingegen um eine Rechtsprechungsänderung, die sich für die zukünftige Rechtsprechung von Bedeutung erweisen werde<sup>133</sup>.

Unabhängig davon, welcher Meinung man sich anschließt, geht das Urteil aufgrund der dogmatischen Präzisierung in seiner Bedeutung über das vorangegangene Urteil hinaus. Das Urteil baut zwar auf den tragenden Erwägungen des Urteils von 1985 auf, nimmt jedoch eine dogmatische Unterscheidung zwischen legislativem Tun und legislativem Unterlassen vor und präzisiert die Voraussetzungen, wobei es zwischen beiden Anwendungsfällen unterscheidet.

Soweit der OGH bei einem legislativen Unterlassen eine offensichtliche Notwendigkeit zum Tätigwerden voraussetzt, ähnelt dies der Rechtsprechung des BGH, wonach eine Amtspflichtverletzung bei legislativem Unterlassen nur bei evidenten Pflichtverletzungen in Betracht kommt. Unklar bleibt jedoch, warum der OGH zum legislativen Unterlassen zwei Alternativen aufführt<sup>134</sup>.

Das Kriterium der Offensichtlichkeit hätte auch im Rahmen des Verschuldens herangezogen werden können, um ein solches des Parlaments zu begründen. Stattdessen versäumt der OGH es, allgemeine Kriterien festzulegen, in welchen Fällen ein Verschulden des Parlaments gegeben ist. Insbesondere bei einem legislativen Unterlassen stellt sich die Frage, wann das Parlament als Kollektivorgan schuldhaft handelt. Im vorliegenden Fall ließ sich jedoch ein Verschulden aufgrund der besonderen Umstände bejahen. Da das Kabinett dem Parlament einen entsprechenden Gesetzesentwurf unterbreitet hatte, welchen das Unterhaus später ablehnte, verfügten die Parlamentarier über die notwendigen Informationen und hatten die Möglichkeit, sich mit dem Thema auseinanderzusetzen.

Aus deutscher Sicht ungewöhnlich ist vor allem die Begründung eines die Schadensersatzpflicht auslösenden Schadens. Im deutschen Recht wird Schadensersatz wegen immaterieller Schäden nur in eng begrenzten Fällen anerkannt<sup>135</sup>. Die Zuerkennung eines immateriellen Schadens ist umso erstaunlicher, als der OGH die Verfassungswidrigkeit

---

131 MURATA (Fn. 81) 1745.

132 So auch NONAKA / M. NAKAMURA / K. TAKAHASHI / K. TAKAMI (Fn. 81) 273.

133 KOBAYASHI (Fn. 83) 100; MUROI / SHIBAIKE / HAMAKAWA (Fn. 64) 543.

134 Vgl. hierzu die Ausführungen von ÔISHI (Fn. 81) 171.

135 Vgl. § 253 BGB.

des Wahlgesetzes festgestellt und damit dem eigentlichen Begehren der Kläger stattgegeben hat<sup>136</sup>.

Interessanterweise hat zwar der OGH die Klage auf Feststellung, dass das Wahlgesetz sowohl vor der Änderung als auch danach rechtswidrig ist, für prozessual unzulässig befunden<sup>137</sup>. Dafür hat er jedoch die Klage, die auf die Feststellung gerichtet war, dass die Kläger an den nächsten Ober- und Unterhauswahlen vollständig teilnehmen dürfen, als prozessual zulässig erklärt. Dies ist das erste Mal, dass der OGH eine solche Klage für prozessual zulässig erklärt hat<sup>138</sup>.

c. *Rentenanspruchsklage der Studierenden*

In dem dritten Fall von legislativem Unterlassen, welcher von dem Obersten Gerichtshof entschieden wurde, erging eine ablehnende Entscheidung<sup>139</sup>. Der Revisionskläger rügte einen Verfassungsverstoß aufgrund der Tatsache, dass das Volksrentengesetz Universitätsstudenten von der Pflichtmitgliedschaft ausnehme und der Gesetzgeber es unterlassen habe, Maßnahmen wie beispielsweise die Einführung einer Pflichtmitgliedschaft für Universitätsstudenten zu treffen. Das Volksrentengesetz<sup>140</sup> in der Fassung des Gesetzes Nr. 34/1985 sah bis zur Änderung im Jahre 1989<sup>141</sup> eine Pflichtmitgliedschaft von Personen im Alter von 20 bis einschließlich 59 Jahren in der nationalen Rentenversicherung vor. Auf Antrag konnten Pflichtmitglieder unter bestimmten Voraussetzungen (finanzielle Bedürftigkeit etc.) von den Beitragzahlungen befreit werden. Von der Pflichtmitgliedschaft ausgenommen waren unter anderem Universitätsstudenten in Vollzeitstudiengängen. Diese konnten der Rentenversicherung freiwillig beitreten. Anders als Pflichtversicherte konnten jedoch freiwillige Mitglieder nicht von den Beitragsleistungen befreit werden. Da der OGH entschied, dass kein Verstoß gegen die Verfassung vorlag, musste er zur Frage eines Schadensersatzanspruchs gemäß Art. 1 StHG nicht Stellung nehmen.

---

136 Richter *Tokuji Izumi* hat in einer abweichenden Stellungnahme das Recht auf immateriellen Schadensersatz verneint, da das mentale Leiden aufgrund der Verletzung des Wahlrechts nicht quantifizierbar und mit Geld zu kompensieren sei.

137 Die Klage auf Feststellung, dass das Wahlgesetz vor der Gesetzänderung rechtswidrig war, betrifft rechtliche Beziehungen der Vergangenheit und war daher prozessual unzulässig. Die Klage auf Feststellung, dass das Wahlgesetz nach der Gesetzesänderung rechtswidrig war, war gegenüber der Klage auf Feststellung der Kläger, zur Teilnahme an den nächsten Ober- und Unterhauswahlen berechtigt zu sein, subsidiär und daher unzulässig.

138 MATSUI (Fn. 62) 341.

139 Oberster Gerichtshof v. 28.07.2008, Minshû 61/2345; englische Übersetzung unter <http://www.courts.go.jp/english/judgments/text/2007.09.28-2005.-Gyo-Tsu-.No..246.html>.

140 *Kokumin nenkin-hô*, Gesetz Nr. 141/1959.

141 *Kokumin nenkin-hôtô no ichibu o kaisei suru hôritsu* [Gesetz zur teilweisen Änderung des Volksrentengesetzes], Gesetz Nr. 86/1998.

*d. Wahlklage eines mental beeinträchtigten Wählers*

Am 13. Juni 2006 wies der Oberste Gerichtshof die Revision eines Klägers zurück, der aufgrund mentaler Probleme nicht in der Lage war, am Tag der Parlamentswahlen das Wahllokal aufzusuchen<sup>142</sup>. Er beehrte Schadensersatz, da der Gesetzgeber es unterlassen habe, für Wähler in der Lage des Klägers die Möglichkeit der Briefwahl einzuführen. Der OGH nahm Bezug auf die Entscheidungsgründe des Urteils vom 14.09.2005 und begründete die ablehnende Entscheidung damit, dass die Probleme von mental beeinträchtigten Wählern bisher nicht aufgetreten seien, und das Parlament daher keine Gelegenheit zu einer Auseinandersetzung mit dieser Problematik gehabt habe. Dem Parlament könne somit nicht vorgeworfen werden, während eines längeren Zeitraums ohne angemessenen Grund keine legislativen Schritte unternommen zu haben.

*e. Hansen-Klage*

Auch die unteren Instanzen haben bisher einen Staatshaftungsanspruch wegen legislativen Unrechts nur selten bejaht. So hatte das Distriktgericht Sapporo als erstinstanzliches Gericht der Klage in dem oben beschriebenen Gerichtsverfahren wegen der Abschaffung des Hauswahlsystems stattgegeben<sup>143</sup>. Das Distriktgericht Yamaguchi gab einer Klage gegen den japanischen Staat auf Schadensersatz von ehemaligen Zwangsprostituierten des japanischen Militärs statt, welche das Unterlassen des Gesetzgebers rügten, sich bei den Zwangsprostituierten zu entschuldigen und für ihre Leiden zu entschädigen<sup>144</sup>. Im Rahmen des Berufungsverfahrens gab das Obergericht Hiroshima jedoch der Berufung statt und wies die Klage zurück<sup>145</sup>. Weiterhin entschieden das Distriktgericht Tôkyô<sup>146</sup>, das Distriktgericht Niigata<sup>147</sup> und das Distriktgericht Hiroshima<sup>148</sup> in den Rentenanspruchsklagen der Studierenden zugunsten der Kläger auf einen Schadensersatzanspruch wegen legislativen Unterlassens.

Die wohl bekannteste unterinstanzliche Entscheidung betrifft die Entscheidung des Distriktgerichts Kumamoto aus dem Jahre 2001<sup>149</sup>.

---

142 Oberster Gerichtshof vom 13.06.2006, Hanrei Jihô 1946, 41;  
<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20060714085943.pdf>

143 Distriktgericht Sapporo vom 09.12.1974, Hanrei Jihô 762, 8.

144 Distriktgericht Yamaguchi vom 27.04.1998, Hanrei Jihô 1642, 24.

145 Obergericht Hiroshima vom 29.03.2001.

146 Distriktgericht Tôkyô vom 24.03.2004, Hanrei Jihô Nr. 1852, 3.

147 Distriktgericht Niigata vom 28.10.2004.

148 Distriktgericht Hiroshima vom 03.03.2005, Hanrei Taimuzu 1187, 165.

149 Distriktgericht Kumamoto vom 11.05.2001, Hanrei Jihô 1748, 30. Siehe auch die Urteilsanmerkung von MATSUMOTO (Fn. 79) 114.

aa. Zugrundeliegender Sachverhalt und tragende Entscheidungsgründe

1953 trat das Gesetz zur Prävention von Lepra in Kraft<sup>150</sup>, welches auf älteren Fassungen aus den Jahren 1907 und 1932 beruhte. Obwohl bereits seit 1947 Medikamente zur Behandlung von Lepra in Japan bekannt waren, sah das Gesetz die zwangsweise Unterbringung von Leprakranken in staatlichen Sanatorien vor. Die Bewegungsfreiheit der Kranken war beschränkt, die Aufnahme einer Arbeit verboten. Seit 1950 wurde auf internationalen Konferenzen die Meinung vertreten, eine Quarantäne Leprakranker sei medizinisch nicht mehr notwendig. Dennoch wurde das Leprapräventionsgesetz erst 1996 aufgehoben<sup>151</sup>.

1998 erhoben 13 Betroffene aus Sanatorien in Kagoshima und Kumamoto Klage vor dem Distriktgericht Kumamoto auf Schadensersatz nach dem Staatshaftungsgesetz wegen der rechtswidrigen Quarantäne durch den Minister für Gesundheit und Soziales sowie des Unterlassens des Gesetzgebers, das Gesetz von 1953 aufzuheben.

Das Distriktgericht Kumamoto gab der Klage statt. Hinsichtlich eines Anspruchs wegen des Handelns des Ministers für Gesundheit und Soziales begründete es seine Meinung damit, dieser hätte spätestens seit 1960 aufgrund der zur Verfügung stehenden Informationen die Quarantänepolitik ändern müssen. Ebenso sei der Gesetzgeber seiner Pflicht nicht nachgekommen, das Gesetz von 1953 aufzuheben. Dies verstoße nicht nur gegen Art. 22 Abs. 1 *Kenpô*, welcher die Freiheit der Wahl und Verlegung des Wohnsitzes garantiere, sondern missachte die grundsätzlichen Rechte der Bürger gemäß Art. 13 *Kenpô*<sup>152</sup>. Hiernach sollen alle Bürger als Einzelpersonen geachtet und ihr Recht auf Leben, Freiheit und ihr Streben nach Glück in höchstem Maße erwogen werden.

Das Distriktgericht betonte in Übereinstimmung mit der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 21.12.1985 (Abschaffung des Hauswahlsystems), dass die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes nicht automatisch einen rechtswidrigen Akt im Sinne des Staatshaftungsgesetzes darstelle. Das Gericht wies jedoch daraufhin, dass die in der Entscheidung des OGH aufgestellte Voraussetzung eines eindeutigen Widerspruchs zur Verfassung nicht absolut gesehen werden dürfe. Angesichts des Ausmaßes der Grundrechtsverletzung stelle das legislative Unterlassen einen rechtswidrigen Akt im Sinne des Staatshaftungsgesetzes dar.

bb. Presseerklärung der japanischen Regierung

Die japanische Regierung legte keine Berufung ein, so dass das Urteil rechtskräftig wurde. Interessanterweise gab die japanische Regierung gleichwohl eine Pressemitteilung heraus, in der sie ihre Ansicht zu Ansprüchen nach dem Staatshaftungsgesetz

---

150 *Rai-yobô-hô*, Gesetz Nr. 214/1953.

151 *Rai-yobô-hô no haishi ni kansuru hôritsu*, Gesetz Nr. 28/ 1996.

152 Siehe Fn. 71.

wegen legislativen Unrechts klarstellte<sup>153</sup>. Sie betonte, dass das Parlament seine politische Verantwortung im Namen aller Japaner wahrnehme. Eine Haftung gegenüber einzelnen Bürgern treffe es nur in den Ausnahmefällen, in denen der Inhalt des Gesetzes der Verfassung direkt widerspreche und auch nur diese eine Interpretation möglich sei und das Parlament wissentlich dieses Gesetz erlassen habe. Damit sei die Haftung beschränkt auf Fälle, in denen die japanische Verfassung vorsätzlich verletzt worden sei. Das Urteil des Distriktgerichts Kumamoto nehme eine weite Haftung der Legislative an. Dies würde jedoch bedeuten, dass die Judikative ihre Befugnis auf die verfassungsmäßige Überprüfung von Gesetzen ausdehnen und die Aktivitäten des Parlaments einschränken könnte. Das widerspreche dem Urteil des OGH vom 21.12.1985 und könne deshalb nicht als zulässige Auslegung dieses Urteils angesehen werden.

cc. Anmerkung

Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass das Parlament eine ursprünglich als verfassungsgemäß angesehene Regelung trotz neuen Erkenntnisstandes nicht nachgebessert bzw. aufgehoben hat. Aufgrund des neuen Erkenntnisstandes war offensichtlich, dass eine Quarantäne unnötig war. Somit reduzierte sich der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum auf die Aufhebung der Quarantäne. Wegen der hohen Eingriffsintensität in Grundrechtspositionen der Betroffenen bejahte das Distriktgericht eine Rechtswidrigkeit des legislativen Unterlassens. Interessanterweise argumentierte das Distriktgericht, dass die hohen Anforderungen, die der OGH in seinem Urteil aus dem Jahre 1985 aufgestellt hatte, nicht absolut zu sehen seien.

Überraschend an dem Urteil ist auch, dass es eine Haftung der Regierung insbesondere aufgrund der Tatsache, dass das Ministerium kein Verfahren zur Aufhebung des verfassungswidrigen Gesetzes eingeleitet hat, bejaht. Aufgrund von Art. 73 *Kenpô*<sup>154</sup> geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass das Kabinett die Gesetze auszuführen hat und es keine Kompetenz besitzt, die Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen<sup>155</sup>. Eine Pflicht des Kabinetts, ein verfassungswidriges Gesetz nicht auszuführen oder das Verfahren zur Aufhebung eines solchen Gesetzes einzuleiten, wurde daher bisher verneint<sup>156</sup>.

---

153 Siehe Fn. 104.

154 Art. 73 *Kenpô*: „Dem Kabinett obliegen zusätzlich zu anderen Verwaltungsaufgaben die folgenden Funktionen: 1. Gewissenhafte Durchführung der Gesetze und Leitung der Staatsangelegenheiten [...]“.

155 Siehe die Urteilsanmerkung zu: Kumamoto District Court, May 11, 2001, in: Waseda Bulletin of Comparative Law, Vol. 21, 77.

156 Urteilsanmerkung (Fn. 5) 77.

### III. ZUSAMMENFASSENDE WÜRDIGUNG

Die Frage nach der Haftung des Staates wegen eines legislativen Unrechts, d.h. des Erlasses eines verfassungswidrigen Gesetzes oder des Versäumnisses, einer aus der Verfassung resultierenden Pflicht zum Erlass eines Gesetzes nachzukommen, ist umstritten. Eine solche Haftung kann weitreichende Folgen für die Staatsfinanzen haben und damit die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers unangemessen beschränken. Der Oberste Gerichtshof bemüht sich, den Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetz zu begrenzen, in dem er mit dem Erfordernis einer dem deutschen Recht ähnelnden Drittbezogenheit der Amtspflicht für den Bereich des legislativen Unrechts ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal einführt. Gleichzeitig konstruiert er einen Ausnahmetatbestand, bei dessen Vorliegen ein legislatives Unrecht rechtswidrig im Sinne des Staatshaftungsgesetzes ist, dessen Voraussetzungen jedoch eng gezogen sind. Mit der Einführung dieses zusätzlichen Tatbestandsmerkmals hat er aber keinen dogmatisch stringenten Weg gefunden, die Haftung für legislatives Unrecht zu begrenzen. Diese Auslegung findet im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze.

Soweit man das Erfordernis der Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht akzeptiert, kann auch die Argumentation des OGH im Urteil von 1985, wonach das Parlament keine Haftung gegenüber seinen Bürgern trifft, nicht überzeugen. Das Urteil von 2005 könnte jedoch in dieser Hinsicht den Weg für eine dogmatisch stringentere Neuinterpretation öffnen, wonach dem Parlament zwar grundsätzlich eine Pflicht zur Wahrung der Grundrechte seiner Bürger obliegt, eine Verletzung dieser Pflicht jedoch lediglich bei Offensichtlichkeit auch die Rechtswidrigkeit dieser Pflichtverletzung im Rahmen des Staatshaftungsgesetzes begründet.

Grundsätzlich stellt sich jedoch die Frage, ob der OGH zu seinem Ergebnis nicht auch bei einer strengen Wortlautauslegung hätte gelangen können. Denn bei Bejahen der Rechtswidrigkeit eines verfassungswidrigen gesetzgeberischen Handelns verbleibt die Frage nach der Schuld. Da in jedem Einzelfall geprüft werden muss, inwieweit es unter den gegebenen Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Abgeordneten für diesen möglich war, die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes zu beurteilen, dürfte angesichts der Vielzahl an Gesetzesvorlagen und der hohen Spezialisierung und Detailliertheit heutiger Gesetze ein Verschulden nur in Ausnahmefällen gegeben sein. In den Entscheidungen des OGH vom 14.09.2005 (Wahlrecht im Ausland ansässiger Japaner) und der Entscheidung des Distriktgerichts Kumamoto vom 11.05.2001 (Behandlung Lepra-Kranker) konnte ein Verschulden aufgrund der außergewöhnlichen Umstände und der dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Informationen bejaht werden. In anderen Fällen wiederum wird man den Abgeordneten nicht vorwerfen können, dass sie nicht in der Lage waren, die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes zu erkennen. Insoweit kann davon ausgegangen werden, dass der OGH auch bei strenger Wortlautauslegung zu denselben Ergebnissen gekommen wäre.



Die japanische Literatur kritisiert die Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 1 Abs. 1 Staatshaftungsgesetzes auch unter dem Aspekt, hierdurch die Zurückhaltung des OGH bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Gesetzen zu kompensieren<sup>157</sup>. Zu Recht wird jedoch darauf hingewiesen, dass die inzidente Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Gesetzen im Rahmen eines Staatshaftungsanspruchs nur zu Rechtsunsicherheit führen würde<sup>158</sup>. Eine stärkere Rolle der Gerichte bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen kann nur durch eine Änderung der prozessualen Klagemöglichkeiten bzw. des Gerichtssystems erreicht werden, nicht über die Hintertür der Schadensersatzklage.

Angesichts der Zurückhaltung des Obersten Gerichtshofes war ein Diskussionspunkt in den Verfassungsausschüssen des Unter- und Oberhauses zur aktuellen Debatte über die Reform der Japanischen Verfassung die Frage, wie ein besserer Grundrechtsschutz durch die Gerichte erreicht werden könne<sup>159</sup>. In dem Verfassungsausschuss des Unterhauses wurden als Gründe für die Passivität des OGH unter anderem die hohe Arbeitsüberlastung<sup>160</sup>, die prozessualen Beschränkungen des nach U.S.-amerikanischem Vorbild konzipierten Systems gerichtlicher Überprüfung und die Idee des Vorrangs der Exekutive genannt<sup>161</sup>. Weiterhin sind die Möglichkeiten, die Verfassung zu ändern, falls eine Norm für verfassungswidrig erklärt wird, beschränkt. Auch die politisch beeinflusste Auswahl der Richter und die Justizbürokratie, welche die richterliche Unabhängigkeit beeinträchtigt, wurden als Grund genannt<sup>162</sup>. Als Lösungsmöglichkeiten wurden die Errichtung eines Verfassungsgerichts, die Errichtung eines speziellen, für die Durchführung der Normenkontrolle zuständigen Senats des OGH sowie die Einführung eines oder mehrerer spezieller Obergerichte diskutiert<sup>163</sup>. Im letzteren Fall würden die speziellen Obergerichte im Instanzenzug oberhalb der Obergerichte, aber unterhalb des OGH stehen und wären letzte Instanz, während der OGH nur noch solche Streitigkeiten behandeln würde, in denen es um die Verfassungsmäßigkeit einer Norm ginge.

---

157 Vgl. ELBEN (Fn. 58) 179.

158 ELBEN (Fn. 58) 182.

159 Research Commission on the Constitution, The House of Representatives: Final Report (April 2005), 442; [http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index\\_e\\_kenpou.htm](http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_e_kenpou.htm); Research Commission on the Constitution, House of Councillors: Handbook on the Research Report on the Constitution of Japan (2005) 187; <http://www.sangiin.go.jp/eng/report/index.htm>.

160 Siehe hierzu auch KURIKI (Fn. 3) 24.

161 Research Commission of the House of Representatives on the Constitution (Fn. 159) 442.

162 Die Richter werden zunächst für eine Amtszeit von 10 Jahren ernannt, nach der sie wiedervernannt werden können, vgl. Art. 80 *Kenpô*. J.M. RAMSEYER / E.C. RASMUSEN, Why are Japanese Judges So Conservative in Politically Charged Cases?, in: American Political Sciences Review, Vol. 92/2 (2001) 331, kommen in einer Studie über die berufliche Karriere von 500, in den sechziger Jahren ernannten Richtern zu dem Ergebnis, dass sich eine positive politische Einstellung gegenüber der Regierungspartei positiv auf den beruflichen Aufstieg auswirkte.

163 Research Commission of the House of Representatives on the Constitution (Fn. 159) 443.

Die Parlamentsdebatte um eine Stärkung des Grundrechtsschutzes durch stärkere gerichtliche Überprüfung spiegelt einen allgemeinen Trend wider: In den letzten Jahren gibt es zunehmende Bemühungen, den Rechtsschutz der Bürger gegenüber staatlicher Gewalt zu verbessern und gegen die Passivität der japanischen Bürger gegenüber der Judikative vorzugehen. So ist seit Mitte der achtziger Jahre eine rechtsschutzfreundlichere Haltung der Gerichte festzustellen<sup>164</sup>. In den neunziger Jahren sind außerdem eine Reihe von Reformen wie der Erlass eines Verwaltungsverfahrensgesetzes<sup>165</sup> eingeleitet worden, mit denen eine bessere Transparenz der Verwaltungstätigkeit und ein besserer Rechtsschutz der Bürger erreicht werden soll. Ebenso weist *Fujita* in seinem Vortrag über den Stellenwert des OGH darauf hin, dass die Einführung der Schöffengerichte in Japan die allgemeine Tendenz widerspiegeln, den Bürgern die Handlungsweise der drei Gewalten näher zu bringen und die Bürger einzubeziehen<sup>166</sup>.

Auch das anfangs erwähnte Urteil des OGH vom 4. Juni 2008 ist von *Okuda* und *Nasu* als ein Schritt in Richtung einer aktiveren Rolle des OGH positiv aufgenommen worden<sup>167</sup>. Der OGH hatte die Erwägung angestellt, dass Kinder, die bei Geburt nicht automatisch die japanische Staatsangehörigkeit erwerben, oftmals eine andere Staatsangehörigkeit besäßen, weshalb es grundsätzlich legitim sei, die Erlangung der japanischen Staatsangehörigkeit neben der verwandtschaftlichen Beziehung zu einem japanischen Elternteil an ein zusätzliches Kriterium zu knüpfen, welches die Bindung des Kindes an die japanische Gesellschaft widerspiegeln. In Zeiten sich wandelnder Familienformen könne jedoch die Eheschließung der Eltern kein geeignetes Kriterium für die Feststellung einer solchen Bindung darstellen. Um den betroffenen Kindern zu einer Staatsangehörigkeit zu verhelfen, erklärte der OGH nicht die gesamte Norm, sondern lediglich das Erfordernis der Eheschließung für ungültig und wandte die Norm ohne dieses Erfordernis an, so dass im Ergebnis Kinder einer ausländischen Mutter und eines japanischen Vaters die japanische Staatsangehörigkeit erhalten können, (auch) wenn der Vater (erst) nach der Geburt die Vaterschaft anerkennt, ohne dass ein zusätzliches Erfordernis gegeben sein muss, welches die Bindung an die japanische Gesellschaft verkörpert. Dies ist von den abweichenden Richtermeinungen als unzulässiger Eingriff in den Zuständigkeitsbereich der Legislative interpretiert worden. *Okuda* und *Nasu* setzen dieser Kritik ein Rechtsverständnis entgegen, wonach die gerichtliche Überprüfung den Anfang eines Dialoges zwischen den Gerichten und der Legislative darstelle und hoffen, dass das Urteil des OGH einem solchen Dialog den Weg bereitet und Anstoß für weitergehende Verfassungsdebatten zwischen der Legislative und der Öffentlichkeit liefert<sup>168</sup>.

---

164 L. KÖDDERITZSCH, Rechtsschutz gegen die Verwaltung in Japan, in: ZJapanR 5 (1998) 51.

165 *Gyōsei tetsuzuki-hō*, Gesetz Nr. 88/ 1993.

166 T. FUJITA, Der Stellenwert des Obersten Gerichtshofes in der Japanischen Verfassung – Was erwartet die Gesellschaft: Höchste Fachkenntnisse oder sozialen „Common Sense“?, in: ZJapanR 26 (2008) 189.

167 OKUDA/NASU (Fn. 1) 115.

168 OKUDA/NASU (Fn. 1) 114, 115.

Es kann daher durchaus die abschließende Vermutung gewagt werden, dass sich die japanischen Bürger in immer stärkerem Maße am juristischen Diskurs beteiligen werden, und der Rechtsschutz für die japanischen Bürger zunehmen wird.

#### SUMMARY

*The procedural options to achieve the constitutional review of a law are limited in Japan. The Japanese legal practice tries to compensate for the lack of a petition based on allegation of infringement of the constitution by other methods. These include inter alia an action for damages against the Japanese state because of a legislative wrong, which incidentally achieves the constitutional review of a law. Legislative wrong includes the enactment of an unconstitutional law as well as the unconstitutional failure to enact a certain law. Neither Japanese state liability law nor German law expressly regulates state liability for legislative wrong. At first glance, state liability for legislative wrong would seem to be self-evident in a constitutional state. On the other hand, state liability for legislative wrong might lead to a high financial burden on the state finances, which in turn could indirectly limit the scope of the legislator.*

*The article compares how this question is dealt with in German and Japanese law. In the first part, the article displays the German state liability rules and their interpretation by the courts and legal literature. The prerequisite for German state liability requires the violation of an official duty to a third party by an officer. Therefore, the question revolves around whether the members of Parliament are obliged to the citizens when they participate in legislating.*

*In the second part, the article depicts the Japanese controversy and analyzes the relevant judgements of the Japanese Supreme Court. The Supreme Court makes a distinction between the unconstitutionality of a law and the unlawfulness of a legislative act in the sense of state liability law. The main point of the Japanese controversy is therefore the question under which preconditions a legislative wrong is unlawful.*

*Despite the different wording of the relevant laws, the Japanese Supreme Court and the German Federal Court of Justice adhere to similar interpretations that reduce state liability for legislative wrong to exceptional cases.*